

University of Groningen

Asielgezinnen en kinderrechten. Het belang van het kind en het recht op ontwikkeling in de Nederlandse asielpraktijk

Kalverboer, Margrite; Winter, Heinrich

Published in:
Journaal Vreemdelingenrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Kalverboer, M., & Winter, H. (2007). Asielgezinnen en kinderrechten. Het belang van het kind en het recht op ontwikkeling in de Nederlandse asielpraktijk. *Journaal Vreemdelingenrecht*, 10, 772-785.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Asielgezinnen en kinderrechten. Het belang van het kind en het recht op ontwikkeling in de Nederlandse asielpraktijk

Margrite Kalverboer¹
Heinrich Winter

Het in 1995 door Nederland geratificeerde Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (hierna: IVRK of Kinderrechtenverdrag) stelt in artikel 3 dat het belang van het kind bij alle beslissingen door de overheid, instanties en volwassenen de eerste overweging behoort te zijn. Het IVRK is relevant voor tal van terreinen waarop de overheid optreedt. Zo speelt het verdrag een rol in het personen- en familierecht en het jeugdstrafrecht. Denk daarbij bijvoorbeeld aan situaties van kinderbescherming, wanneer de Raad voor de Kinderbescherming of de bureaus voor Jeugdhulp moeten optreden. In het Burgerlijk Wetboek komt het begrip ‘belang van de kinderen’ verschillende keren voor, bijvoorbeeld bij het uitspreken van een kinderbeschermingsmaatregel als Ontheffing (art. 1:266 BW) of Ontzetting (art. 1:269 BW). In de vreemdelingenwetgeving komt het begrip ‘belang van het kind’ echter niet aan de orde. Centrale vraag in dit artikel is of het IVRK en in het bijzonder ‘het belang van het kind en het recht op ontwikkeling’ voldoende tot uitdrukking komt in de Nederlandse vreemdelingenrechtelijke praktijk en hoe de (rechts)positie van asielkinderen kan worden verbeterd. We spitsen onze bijdrage toe op de positie van kinderen in gezinnen van asielzoekers.

1. Inleiding: grondbeginselen van het IVRK

Het IVRK werd op 20 november 1989 vrijwel unaniem aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties. Het verdrag werkt inmiddels in vrijwel alle (uitgezonderd Somalië en de VS) staten van de wereld. Op 8 maart 1995 trad het verdrag in Nederland in werking. Het verdrag heeft een juridisch bindend karakter. Toezicht op de naleving van de verplichtingen van het IVRK is neergelegd bij het comité voor de rechten van het kind, een commissie die bestaat uit achttien onafhankelijke, door de bij het verdrag aangesloten staten voor vier jaar gekozen, deskundigen.

Aan het verdrag liggen vier basisprincipes ten grondslag: non-discriminatie (art. 2), belang van het kind als de eerste overweging (art. 3), het recht op leven en ontwikkeling (art. 6) en respect voor de mening van een kind (art. 12). Daarmee is het IVRK een bijzonder mensenrechtenverdrag omdat het traditionele burgerlijke en politieke rechten (zoals vrijheid van meningsuiting en godsdienst, bescherming van gezinsleven en privacy) combineert met een aantal sociale, economische en culturele rechten (recht op onderwijs, gezondheidszorg en een redelijke levensstandaard).

Kernbepaling is artikel 3, over het belang van het kind. De vrijwel ongeclausuleerde formulering van artikel 3 is opvallend: “Bij alle maatregelen betreffende kinderen (...) vormen de belangen van het kind de eerste overweging”. In de oorspronkelijke Engelse verdragstekst wordt gesproken van ‘a primary consideration’. Volgens de Engelse tekst is het

¹ Dr. M.E. Kalverboer is verbonden aan de afdeling Jeugdzorg van de vakgroep Orthopedagogiek van de Rijksuniversiteit Groningen. Vanaf 2004 is zij projectleider van het onderzoek ‘Het belang van het kind in het Vreemdelingenrecht’. Dr. H.B. Winter is universitair hoofddocent bij de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde aan de juridische faculteit van de Rijksuniversiteit Groningen, waar hij onder meer vreemdelingenrecht doceert. Auteurs danken mr. D. Beltman voor zijn commentaar op een eerdere versie.

belang van het kind dus een eerste belang. Dat laat mogelijk ruimte voor het oordeel dat bijvoorbeeld de uitvoering van het vreemdelingenbeleid voorrang heeft boven artikel 3 IVRK. In dat verband is het opmerkelijk dat volgens de Nederlandse vertaling het belang van het kind voorrang behoort te krijgen. In de memorie van toelichting bij de goedkeuringswet staat dat het met de doelstelling van het verdrag in overeenstemming is te achten dat, in geval van conflict van belangen, het belang van het kind als regel de doorslag behoort te geven. De vraag is of die interpretatie klopt. Verschillende auteurs stellen dat daarmee de uitkomst van een belangenafweging nog niet tevoren vast staat. De ruime formulering, ‘het belang van het kind’, geeft juist ook ruimte bij de concretisering, waardoor uiteindelijk bijvoorbeeld het belang van de overheid zwaarder kan wegen dan de belangen van de minderjarige.² Het artikel richt zich niet alleen tot staten en tot overheidsorganisaties. Ook particuliere instellingen, de wetgever en zelfs de rechter worden in het eerste lid van artikel 3 expliciet genoemd als actoren die de belangen van het kind als eerste overweging dienen te hanteren bij alle maatregelen betreffende kinderen.

Ook de formulering van artikel 6, het recht op leven en ontwikkeling, is bepaald ruimhartig: “De Staten die partij zijn, waarborgen in de ruimst mogelijke mate de mogelijkheden tot overleven en de ontwikkeling van het kind”. Men zou hier kunnen spreken van een inspanningsverplichting voor de overheid. “Het gaat er niet om te voorkomen dat de ontwikkeling van een minderjarige beneden een ondergrens komt, waaronder zijn ontwikkeling bedreigd zou kunnen worden. Integendeel zelfs, het gaat om een inspanningsverplichting waaraan hoge eisen worden gesteld”.³

Bij dergelijke ruim geformuleerde beginselen is het de vraag hoe tot concretisering kan worden gekomen. Bartelds & Heiner hebben daartoe een model ontwikkeld waarin condities voor optimale ontwikkeling worden onderscheiden.⁴ Uitgangspunt van dat model zijn artikel 3, eerste lid en 6, van het IVRK. In par. 4 komen de uitkomsten van een onderzoek naar de actualisering van dit model voor de positie van kinderen in asielgezinnen aan de orde. Dicht tegen de vraag naar concretisering van de beginselen uit het IVRK ligt de vraag hoe de toepassing van die beginselen in de praktijk van het vreemdelingenrecht en de toetsing door de vreemdelingenrechter dient te verlopen. Daarover meer hierna in par. 3. In par. 2 geven we eerst nog beknopt aandacht aan de werking van het verdrag op enkele andere rechtsgebieden van het Nederlands recht waarmee kinderen te maken kunnen krijgen.

2. Het IVRK op een aantal rechtsgebieden

Op tal van rechtsgebieden is de centrale bepaling uit het Kinderrechtenverdrag, artikel 3 over het ‘belang van het kind’, reeds vastgelegd. Het belang van het kind komt als criterium veelvuldig voor in het Nederlands personen- en familierecht. Daarbij varieert de betekenis van het begrip. Soms is sprake van een ondergrens, een soort minimumniveau van bescherming, soms werkt ‘het belang van het kind’ als een positief criterium, bijvoorbeeld bij het uitspreken van een kinderbeschermingsmaatregel als een ontheffing of een ontzetting (resp. artikel 1:266 BW en 1:269 BW). Die maatregelen mogen slechts worden uitgesproken indien dat in het

² Eeva Nykänen, Protecting Children? The European Convention on Human Rights and Child Asylum Seekers, in: European Journal of Migration and Law 3 (2001) 3, p. 315-345.

³ Goos Cardol, Ontheemd, vreemd en minderjarig. Het recht op ontwikkeling van de alleenstaande minderjarige vreemdeling in (inter)nationale wet- en regelgeving, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 82.

⁴ A. Bartelds & H. Heiner, De condities voor optimale ontwikkeling. Het belang van het kind in hulpverlening, preventie en beleid, in: Jeugd en samenleving, 1994/5, p. 282-295.

belang van het kind is. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat ‘het belang van het kind’, dat als criterium in een aantal bepalingen van boek 1 van het BW voorkomt rechtstreeks toepasbaar is. Het is wel van belang vast te stellen dat ‘het belang van het kind’ in het BW dwingender is geformuleerd dan in het IVRK. Er is geen sprake van een belangenafweging.

Ook in het jeugdstrafrecht zijn kinderrechten als het ware geïncorporeerd: het kind heeft een eigen plek in de procedure, waarbij aan verschillende van de bepalingen van het IVRK invulling is gegeven. Het criterium belang van het kind komt in art. 77s Sr expliciet voor. De maatregel van plaatsing in een inrichting voor jeugdigen (PIJ) kan volgens lid 1 sub c slechts worden opgelegd als de maatregel in het belang is van een zo gunstig mogelijke verdere ontwikkeling van de verdachte.

Hoe het IVRK wordt toegepast op het terrein van het Nederlandse vreemdelingenrecht komt in par. 3 aan de orde. Een specifiek element daarbinnen wordt hier behandeld: de toepassing van het koppelingsbeginsel op het recht van minderjarige vreemdelingen op bijstand. Er is inmiddels de nodige rechtspraak over de vraag in hoeverre kinderen van vreemdelingen via het IVRK recht hebben op bijstand, in afwijking van het sinds 1 juli 1998 in de Nederlandse wetgeving neergelegde koppelingsbeginsel (art. 10 Vw 2000).

De strekking van het koppelingsbeginsel is dat vreemdelingen – in aansluiting op het voeren van een meer restrictief vreemdelingenbeleid – die illegaal in ons land verblijven geen aanspraak hebben op het verlenen van allerlei voorzieningen. Niet-rechtmatig verblijvende vreemdelingen hebben dus ook geen recht op bijstand. Het koppelingsbeginsel is in de jurisprudentie de afgelopen jaren behoorlijk overeind gebleven. Ten aanzien van een minderjarig kind van de Nederlandse nationaliteit bepaalde de CRvB dat – nu hij onder het bijstandsniveau leeft en niet tegen ziektekosten is verzekerd – in het licht van artikel 3, eerste en tweede lid en artikel 27, derde lid, van het IVRK sprake is van zeer dringende redenen als bedoeld in artikel 11 Abw.⁵ Maar in deze casus ging het om een minderjarig kind van de Nederlandse nationaliteit.⁶ Artikel 11, tweede lid, Abw – waarin het koppelingsbeginsel voor de bijstandswet was uitgewerkt – was daarom niet van toepassing. In zijn voorlopige voorzieningsuitspraak van 8 augustus 2005 oordeelde de Voorzieningenrechter van de Centrale Raad dat er geen reden is om het begrip ‘zeer dringende redenen’ van artikel 16, eerste lid, Wwb anders uit te leggen dan artikel 11, lid 1, Abw.⁷ Belangrijker is echter of een vergelijkbare conclusie zou moeten worden getrokken ten aanzien van artikel 16, tweede lid, Wwb: hoe moet besloten worden wanneer ouders, die zelf geen recht hebben op bijstand, verzoeken om de toepassing van artikel 16, eerste lid, Wwb voor hun kinderen? De ouders van verzoekers zijn geen vreemdelingen in de zin van artikel 11, tweede en derde lid, Wwb; evenmin geldt dat voor de minderjarige verzoekers zelf. De vertegenwoordiger van de gemeente stelt ter zitting dat voor verzoekers geldt dat sprake is van *zeer dringende redenen* in de zin van artikel 16, eerste lid, Wwb. Maar het tweede lid van dat artikel verzet zich naar het oordeel van de gemeente tegen bijstandsverlening. Volgens de voorzieningenrechter is er

⁵ CRvB 29 maart 2005, RSV 2005/161. In uitspraken van 14 juni 2005 (LJN: AT 8038) en van 5 juli 2005 (LJN: AT9963) komt de Raad tot dezelfde conclusie.

⁶ Datzelfde geldt voor de casus in CRvB 21 maart 2006, JV 2006/205, waarin de gemeente Delfzijl aan de minderjarige Nederlandse kinderen van ouders met de Kaapverdise nationaliteit bijstand verlenen met toepassing van artikel 11, lid 1, Abw. Overigens was in deze casus ook sprake van een niet-Nederlands minderjarig kind, maar wordt niet duidelijk of ook voor dat kind bijstand is verleend. De moeder heeft in ieder geval geen recht op bijstand, conform de lijn uit de uitspraken van de CRvB van 26 juli 2001.

⁷ Vzngv CRvB 8 augustus 2005, AB 2005, 420, m.nt. E. van Wolde; JV 2005/368; Gst. 2005, 130, m.nt. P.E. Minderhoud.

echter “een zekere mate van waarschijnlijkheid dat de Raad laatstgenoemde bepaling in de hier aan de orde zijnde bodemzaken ten aanzien van verzoekers buiten toepassing zal moeten laten. Hij baseert zich daarbij op de tekst van de artikelen 2, eerste en tweede lid, 3, eerste en tweede lid, en 27, derde lid, van het IVRK en de op deze artikelen verschenen commentaren van het Comité voor de rechten van het kind. De in de Engelse verdragstekst voorkomende woorden “without discrimination of any kind, irrespective of the child’s or his or her parents or legal guardians (...) status” in artikel 2, eerste lid, van het IVRK, bezien in samenhang met de andere zojuist genoemde bepalingen, wijzen er op dat het koppelingsbeginsel geen voldoende rechtvaardiging kan vormen voor het geheel uitsluiten van de mogelijkheid om uitsluitend ten behoeve van de minderjarige kinderen bijstand te verlenen in een situatie dat hun om deze bijstand vragende niet-rechthebbende ouders zelf niet in staat zijn de kosten van voeding, kleding en andere essentiële, voor de minderjarige kinderen noodzakelijke kosten te betalen”.

Met een beroep op artikel 2 IVRK – dat een verbod op discriminatie vanwege een bepaald verblijfsrecht vastlegt – krijgen de uitgangspunten van artikel 3 en 27 IVRK betekenis voor alle kinderen, dus ook voor minderjarige vreemdelingen, van wie de ouders niet in staat zijn te voorzien in de noodzakelijke kosten. Het maken van onderscheid, ingevolge artikel 16, tweede lid, Wvb is dan niet toegestaan. Omdat sprake is van strijdigheid met hogere rechtsregels dient deze bepaling daarom buiten toepassing te worden gelaten. Door verschillende rechtbanken is deze lijn inmiddels gevolgd.⁸

In de bodemzaak bevestigt de CRvB het oordeel van de voorzieningenrechter.⁹ Daarbij bepaalt de Raad dat artikel 2, eerste lid, IVRK rechtstreekse werking heeft aangezien het gaat “om een onvoorwaardelijk en nauwkeurig bepaalbaar subjectief recht op non-discriminatie, op één lijn te stellen met de in artikel 14 van het EVRM en artikel 26 van het IVBPR neergelegde non-discriminatiebepalingen, welke bepalingen rechtstreekse werking hebben”. De Raad komt tot het oordeel dat maatregelen die in overeenstemming zijn te achten met in internationale regelgeving neergelegde non-discriminatiebepalingen juist vanwege de bijzondere beschermwaardigheid van kinderen in bepaalde situaties ten opzichte van kinderen in strijd kunnen komen met artikel 2, eerste lid, IVRK. Daarbij maakt de CRvB onderscheid tussen kinderen (en ouders) die niet zijn toegelaten, maar wel rechtmatig in ons land verblijven, en kinderen (en ouders) die niet rechtmatig in de zin van artikel 8 Vw 2000 verblijven. In het laatste geval moet volgens de Raad artikel 16, tweede lid, Wvb een evenredig middel worden geacht ter verwezenlijking van het koppelingsbeginsel. Wanneer sprake is van rechtmatig verblijf – in casu op grond van artikel 8, sub f, Vw 2000 – is de CRvB echter van oordeel dat de toepassing van artikel 16, tweede lid, Wvb geen evenredig middel is. Deze bepaling dient daarom wegens strijd met artikel 2, eerste lid, IVRK buiten toepassing te blijven. Men zou kunnen zeggen dat deze jurisprudentie een klein bresje slaat in het koppelingsbeginsel, nu kinderen van ouders zonder verblijfstitel wel recht op bijstand hebben, wanneer althans die ouders rechtmatig in ons land verblijven, dat wil zeggen in afwachting zijn van een definitieve beslissing op hun verblijfsaanvraag.

Hoe is het gesteld met de toepassing van het IVRK op het bredere terrein van het vreemdelingenrecht? De Koppelingswet regelt de verhouding tussen de verblijfspositie en het

⁸ Rechtbank 's-Gravenhage 9 februari 2005, LJN: AS6592; rechtbank Almelo 28 november 2005, LJN: AU7003; vzng. rechtbank Leeuwarden 28 november 2005, LJN: AU7449;

⁹ CRvB 24 januari 2006, RSV 2006/84, m.nt. G.J. Vonk; JV 2006/116, m.nt. PEM; Gst. 2006, 35, m.nt. J.W.A. Fleuren. Zie ook: C.H. Slingenberg, Illegale kinderen en recht op bijstand in het licht van het IVRK, in: Migrantenrecht 2006/2, p. 54-57.

recht op voorzieningen, maar kan het Kinderrechtenverdrag onder omstandigheden wellicht zelfs een verblijfsrecht indiceren? In de rechtspraak wordt het verdrag – dat nog relatief jong is – steeds vaker ingeroepen. Veel succes heeft dat echter niet. Ruitenbergh toont in haar studie uit 2002 aan dat inmiddels de meeste bepalingen van het IVRK wel voor de vreemdelingenrechter zijn ingeroepen, maar dat in de vreemdelingenrechtspraak aan de meeste van die artikelen geen rechtstreekse werking wordt toegekend. De Afdeling bestuursrechtspraak komt in herhaalde uitspraken tot het oordeel dat de bepalingen uit het IVRK, gelet op hun formulering, geen normen bevatten die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar zijn.¹⁰ In de genoemde uitspraak van de CRvB wordt aan de artikelen 3, 6 en 27 IVRK echter wel rechtstreekse werking toegekend. Het lijkt er dus op dat twee van de hoogste colleges op het terrein van het bestuursrecht niet op één lijn zitten.

3. ‘Het belang van het kind’ in het vreemdelingenrecht: de stand van zaken

In het vreemdelingenrecht wordt steeds vaker een beroep gedaan op bepalingen van het IVRK.¹¹ De eerste vraag die dan moet worden beantwoord is of aan de ingeroepen bepaling(en) rechtstreekse werking toekomt. Aan verschillende bepalingen is in de jurisprudentie inmiddels rechtstreekse werking toegekend, zodat het verdrag direct in de Nederlandse rechtsorde toepasbare en door de rechter toetsbare rechtsnormen oplevert. Dat geldt onder meer voor artikel 12, eerste en tweede lid, IVRK, op grond waarvan een kind dat in staat is zijn eigen mening te vormen, het recht heeft te worden gehoord over de redenen voor zijn asielaanvraag.¹² Ook artikel 37, aanhef en onder c, IVRK waaruit volgt dat minderjarige vreemdelingen slechts in vreemdelingenbewaring mogen worden gehouden indien zij worden gescheiden van volwassenen wordt gehanteerd als een rechtstreekse werkende verdragsbepaling.¹³ In lagere rechtspraak is recent ook aan artikel 23 IVRK – betreffende de ondersteuning van gehandicapte kinderen – rechtstreekse werking toegekend.

Verschuillende rechtbanken hebben aan artikel 3 (eerste lid) IVRK rechtstreekse werking toegekend, hetgeen in sommige uitspraken leidde tot het gegrondverklaren van het beroep.¹⁴ De rechtbank Zwolle gaf daarbij de meest volledige motivering:

“De rechtbank stelt voorop dat artikel 3 IVRK, als kernbepaling uit het Verdrag, naar zijn aard, inhoud en strekking rechtstreeks werkend is. Daartoe is mede redengevend dat – (ook) blijkens de Memorie van Toelichting bij de Goedkeuringswet, Kamerstukken TK 1992/1993, 22.1855, nr. 3, p. 9 en bijlage 3 – artikel 3 de richtlijn voor de uitleg en de tenuitvoerlegging van het Verdrag is. In de optiek van de Minister van Justitie (TK 1992/1993, 22.1855, nr. 3, p. 9) komt aan diverse bepalingen van het IVRK rechtstreekse werking, dan wel mogelijk rechtstreekse werking toe. Voor wat betreft het vreemdelingenrecht is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State rechtstreekse werking in elk geval aangenomen voor wat betreft artikel

¹⁰ Zie bv. ABRvS 13 september 2005, 200507132/1.

¹¹ G.C.A.M. Ruitenbergh, Het Internationaal Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak (diss.), Amsterdam: SWP 2003.

¹² ABRvS 21 januari 2004, JV 2004/99, m.nt. TS.

¹³ ABRvS 24 februari 2003, AB 2003, 327, m.nt. Sew; ABRvS 5 maart 2004, JV 2004/179; ABRvS 5 maart 2004, JV 2004/180; ABRvS 15 april 2004, JV 2004/289;

¹⁴ Rechtbank 's-Gravenhage zp Haarlem 29 juni 2001, JV 2001/241; rechtbank 's-Gravenhage zp Haarlem 4 oktober 2001, JV 2002/84; rechtbank 's-Gravenhage zp Haarlem 19 maart 2002, JV 2002/231; rechtbank 's-Gravenhage 2 april 2002, JV 2002/217; rechtbank 's-Gravenhage 10 april 2003, JV 2003/305; de rechtbank Rotterdam hanteert de terughoudende formulering van de Afdeling “Voorzover artikel 3, eerste lid, IVRK al een direct toepasbare norm zou inhouden...”: rechtbank 's-Gravenhage zp Rotterdam 2 juni 2005, JV 2005/301

37, aanhef en onder c, van het IVRK, ook voor het geval de minderjarige geen geldige verblijfstitel in Nederland heeft. Tevens is van betekenis dat in de eerdergenoemde Memorie van Toelichting de Nederlandse regering heeft aangegeven dat het met de doelstelling van het IVRK in overeenstemming is te achten dat, in geval van conflict van belangen, het belang van het kind als regel doorslag behoort te geven. (TK 1992/1993, 22.855, nr. 3, p. 15).¹⁵

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is ten aanzien van de toetsing aan ‘het belang van het kind’ van artikel 3 IVRK echter terughoudend, hoewel in de afwegingen op dit punt steeds meer ruimte lijkt te komen. Een standaardoverweging die lange tijd is gehanteerd is te vinden in de Afdelingsuitspraak van 5 februari 2002:

“Het Verdrag inzake de rechten van het kind roept, voor zover al rechtstreeks toepasselijk, geen aanspraken in het leven voor kinderen wier ouders op grond van de Nederlandse vreemdelingenwet en regelgeving geen verblijf wordt toegestaan”.¹⁶

De deur die hermetisch gesloten leek, komt op een kier te staan in de uitspraak van 23 september 2004, waarin de Afdeling wat explicieter is over haar overwegingen ten aanzien van de toepassing van artikel 3 IVRK. Opnieuw de geclausuleerde terughoudendheid over de rechtstreekse werking van artikel 3 IVRK (“voor zover het eerste lid al een direct toepasbare norm zou inhouden..”). Maar vervolgens iets meer duidelijkheid over de wijze waarop de toepassing van die norm dan dient te geschieden: Maar, (zelfs) als dat zo zou zijn...

“zou deze tot niet meer strekken dan dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het desbetreffende kind dienen te worden betrokken. (...) Niet is gesteld dat dit niet is gebeurd. Wat betreft het gewicht dat aan het belang van het kind in een concreet geval moet worden toegekend, bevat de in het eerste lid opgenomen bepaling, gelet op haar formulering, geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is.”¹⁷

Met andere woorden: de Afdeling meent dat de rechter niet kan toetsen of bij het weigeren van de gevraagde verblijfsvergunning in casu het belang van een van de minderjarige kinderen, te weten het afmaken van haar opleiding in Nederland en het ondergaan van een medische behandeling, wel ‘de eerste overweging’ is geweest. De norm van artikel 3 biedt daarvoor onvoldoende houvast volgens de Afdeling. Dat is echter al wel wat meer dan de oorspronkelijke formulering dat minderjarige vreemdelingen geen aanspraken aan de norm kunnen ontlenen wanneer hun ouders geen verblijfsrecht in ons land hebben.

In meer recente jurisprudentie lijkt de Afdeling de terughoudendheid over de rechtstreekse werking van artikel 3 IVRK nog verder te laten varen.¹⁸ Een opmerking wordt daarover namelijk nu helemaal niet meer gemaakt. Wel wordt uitvoerig – maar nog wel overeenkomstig de wijze waarop dat ook al gebeurde in de uitspraak van 23 september 2004 – gemotiveerd waarom het beroep op artikel 3, eerste lid, IVRK niet kan slagen:

“Artikel 3, eerste lid, van het IVRK strekt ertoe dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het desbetreffende kind worden betrokken. Uit de omstandigheid dat de minister de aanvragen van de vreemdelingen heeft afgewezen, omdat naar zijn oordeel voor hen thans

¹⁵ Rechtbank 's-Gravenhage zp Zwolle 30 juni 2003, JV 2003/421.

¹⁶ ABRvS 5 februari 2002, LJN: AF6066; zie verder: ABRvS 30 januari 2003, JV 2003/107; ABRvS 12 februari 2003, JV 2003/135, m.nt. G.C.A.M. Ruitenber; ABRvS 4 juli 2003, JV 2003/368; ABRvS 1 november 2004, JV 2005/11.

¹⁷ ABRvS 23 september 2004, JV 2004/449, m.nt. PB.

¹⁸ ABRvS 22 februari 2006, JV 2006/132; ABRvS 20 maart 2006, JV 2005/165.

adequate opvang in het land van herkomst aanwezig is, blijkt dat met die belangen rekening is gehouden. Wat betreft het gewicht dat aan het belang van het kind in een concreet geval moet worden toegekend, bevat de in het eerste lid opgenomen bepaling, gelet op haar formulering, geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is”.

Verscheidende auteurs hebben stelling genomen tegen de opvatting van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat artikel 3 IVRK geen direct toepasbare verdragsnorm zou zijn. Volgens Cardol schept artikel 3 IVRK verplichtingen voor de manier waarop een besluit wordt gemotiveerd. Wanneer andere belangen zwaarder worden gewogen dient volgens artikel 3 IVRK gemotiveerd te worden waarom er geen alternatieven waren.¹⁹ Ook Boeles stelt in zijn noot bij de uitspraak van 23 september 2004 dat de kernvraag zou moeten zijn of het belang van het kind in iedere zaak op disproportionele wijze is achtergesteld bij andere belangen.²⁰

Het Kinderrechtenverdrag is een relatief jong verdrag. Ruitenberg wijst er op dat de toepassing van het verdrag nog in de kinderschoenen staat.²¹ Analyse van de jurisprudentie wijst uit dat het beroep dat op bepalingen van het verdrag wordt gedaan de laatste jaren toeneemt. Rechterlijke instanties hebben van verschillende van de bepalingen van het IVRK inmiddels vastgesteld dat ze rechtstreekse werking hebben. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is daarin op veel punten – bijvoorbeeld over de kernbepaling van artikel 3 IVRK – terughoudend. Kern van de overweging van de Afdeling is dat artikel 3 niet een bepaald gewicht toekent aan het belang van het kind. De vraag is dan ook hoe dat gewicht in concrete gevallen kan worden aangegeven. Hierna wordt in par. 4 de feitelijke problematiek geschetst van kinderen in asielgezinnen. In par. 5 volgt daarop een handreiking aan opvanginstanties, rechtshulpverleners en beschikkingverlenende instanties, actief in de praktijk van het Nederlandse vreemdelingenrecht.

4. Kinderen uit asielgezinnen: de feitelijke problemen

4.1 De onderzoeksaanpak

We weten relatief weinig over de ontwikkeling van asielkinderen in Nederland. Dat heeft verschillende oorzaken. Zo is de positie van kinderen in de asielprocedure een andere dan die van kinderen die met besluitvormingsprocedures in het civiel- of jeugdstrafrecht te maken krijgen. Als in het civiel- of jeugdstrafrecht een besluit genomen wordt dat het belang van het kind kan raken, vindt onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming plaats. Deze onderzoekt de situatie van het kind en brengt een advies uit aan de (kinder)rechter. Dit advies neemt de (kinder)rechter veelal over. In dit advies stelt de Raad het belang van het kind voorop.

Kinderen uit asielgezinnen hebben in de asielprocedure slechts een indirect, van hun ouders afgeleid belang. De Raad voor de Kinderbescherming heeft in de asielprocedure geen taak om

¹⁹ G. Cardol, Het belang van het kind in het vreemdelingenrecht, in: *Migrantenrecht* 2005/2, p. 52-55. zie ook Michiel van Emmerik, Toepassing van het Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak, in: *NJCM-bulletin*, 2005/6, p. 700-716.

²⁰ Hij herhaalt deze bewoordingen in zijn noot bij Hof van Justitie 27 juni 2006, *JV* 2006/313. Als het gaat om gezinsherenigingszaken is volgens Boeles rechtstreekse werking van de norm van artikel 3 IVRK verzekerd via artikel 5, lid 5 van de gezinsherenigingsrichtlijn (2003/86/EG).

²¹ Ruitenberg 2003.

de IND of de vreemdelingenrechter te adviseren over het belang van de kinderen. Van samenwerking tussen de IND en de Raad voor de Kinderbescherming is – in het kader van het onderzoek in asielzaken – geen sprake, kinddeskundigen spelen in de procedure geen enkele rol. Omdat ook bij rechtshulpverleners expertise ontbreekt op het terrein van de ontwikkeling van kinderen, is de neiging om aspecten betreffende de ontwikkeling van het kind in beroepsprocedures aan de orde te stellen niet groot. Uiteraard is daarbij complicerend dat de ontwikkeling van het kind als ‘niet asielgerelateerd’ wordt beschouwd. Als gevolg van de ‘waterscheiding’ kunnen immers slechts gebeurtenissen die zich in het land van herkomst hebben voorgedaan leiden tot de toekenning van een verblijfsvergunning op basis van één van de gronden van artikel 29, eerste lid, Vw 2000. En bovendien – zie hierboven in par. 3 – wordt aan de (kern)artikelen 3 en 6 van het Kinderrechtenverdrag door de Afdeling bestuursrechtspraak in het vreemdelingenrecht geen rechtstreekse werking toegekend.

Ook in de opvang van asielzoekers is er weinig aandacht voor de ontwikkeling van kinderen. Het Centraal orgaan Opvang Asielzoekers (COA) heeft geen ontwikkelingspsychologen of pedagogen in dienst die de ontwikkeling van asielkinderen volgen. De scholen waar veel kinderen naar toe gaan, zien zoveel kinderen met problemen, dat bij de leerkrachten de neiging ontstaat zich tot de leerproblemen van kinderen te beperken. Systematische verwijzing naar de hulpverlening vindt hierdoor te weinig plaats.

In de afgelopen twee jaar heeft vanuit de Rijksuniversiteit Groningen onderzoek plaatsgevonden naar de bruikbaarheid van het model voor optimale ontwikkeling van Bartels & Heiner uit 1994. Op basis van een reviewstudy van internationale literatuur is vastgesteld op welke wijze het model actualisering behoeft. Deze literatuurstudie heeft geleid tot een nieuw model ‘Belang van het kind en voorwaarden voor ontwikkeling’.²² Het model geeft weer aan welke voorwaarden de omgeving van het kind moet voldoen om een gunstig ontwikkelingsperspectief te waarborgen (zie tabel 1). Aan het model is een vragenlijst ontleend: de lijst ‘Belang van het kind en voorwaarden voor ontwikkeling-Vreemdelingenrecht’ (VB-V). In par. 5 wordt nader ingegaan op het model en de toepasbaarheid van de lijst voor de vreemdelingenpraktijk.

Om het model en de vragenlijst in de vreemdelingenpraktijk te beproeven zijn kinderen uit asielgezinnen die in Nederland leven, bezocht en onderzocht en is vervolgens de vragenlijst ingevuld. Gesproken is met de ouders van de kinderen, de kinderen zelf, de leerkrachten en met hulpverleners. Bij een aantal kinderen is nader diagnostisch onderzoek gedaan. Deze kinderen zijn onderzocht op hun cognitieve ontwikkeling, de sociaal-emotionele ontwikkeling en hun gedrag. Aan de hand van deze onderzoeken zijn orthopedagogische rapportages geschreven. Deze rapportages zijn door vreemdelingenadvocaten als processtuk ingebracht in de asielprocedure. In de rapportages zijn adviezen opgenomen die zijn gebaseerd op de ontwikkeling en het ontwikkelingsperspectief van het kind. In alle zaken is geadviseerd een verblijfsrecht toe te kennen.

De belangrijkste gronden voor deze adviezen zijn de volgende:

- Het feit dat de kinderen al zo lang in Nederland verblijven dat ze een Nederlandse identiteit hebben ontwikkeld en terugkeer een ontworteling zal betekenen, hetgeen een zeer negatieve invloed heeft op hun ontwikkeling;
- De uitzichtloze, onveilige situatie waarin de kinderen terecht zullen komen bij terugkeer naar het land van herkomst;

²² M.E. Kalverboer & A.E. Zijlstra, Het belang van het kind in het Nederlands recht, Amsterdam: SWP 2006.

- Het ontbreken van behandeling en medicatie in het land van herkomst, voor kind of ouder met ontwikkelingsproblematiek respectievelijk psychiatrische problematiek;
- Het ontbreken van ontwikkelingsperspectief in het land van herkomst;
- Het ontbreken van informatie over het ontwikkelingsperspectief van het kind in het land van herkomst omdat onduidelijk en niet te achterhalen is of in het herkomstland jeugdhulpverlening of jeugdbescherming of geschikte medische zorg beschikbaar is.

4.2 De onderzoeksresultaten

De onderzoeksresultaten geven een beeld van de ontwikkeling van kinderen in asielgezinnen, van hun leefsituatie en van de wijze waarop in de asielprocedure rekening wordt gehouden met de belangen van kinderen. De ontwikkeling van de meeste onderzochte kinderen verloopt zorgelijk. Veel ouders zijn niet in staat hun kinderen een veilig opvoedingsklimaat te bieden. Alle gezinnen ervaren de lange asielprocedure als angstig en onzeker. De ervaren stress verergert de problemen van zowel de ouders als de kinderen of houdt deze in stand. De problematiek van de kinderen kan worden onderscheiden naar de ontstaansgeschiedenis ervan.

Trauma's en ontwikkelingsschade opgelopen in het land van herkomst

De meeste onderzochte kinderen hebben bindingen met het land van herkomst. Zij hebben de vlucht naar Nederland bewust beleefd. Ze hebben vaak zeer angstige gebeurtenissen meegemaakt. Door het ontbreken van adequate hulpverlening in Nederland is de problematiek die de kinderen daardoor hebben ontwikkeld, toegenomen. De fundamentele bestaansonzekerheid die de kinderen ervaren is er de oorzaak van dat ze steeds ernstiger ontwikkelingsproblematiek laten zien. Deze kinderen zijn angstig, neerslachtig, hebben nachtmerries, gaan weer in bed plassen, hebben moeite met sociale contacten en doen het slecht op school. Adequate behandeling ontbreekt omdat de fundamentele bestaansonzekerheid die deze kinderen ervaren, ook in Nederland voortduurt. Elke nacht is het oorlog in hun hoofd. Zich veilig voelen, is voor deze kinderen voorwaarde om aan een behandeling te beginnen. Zolang deze kinderen zich niet veilig voelen, is behandeling niet effectief.

Kinderen die in hun ontwikkeling bedreigd worden als gevolg van de ontoereikende opvoedingsmogelijkheden van de ouders met psychiatrische problematiek

Een grote groep ouders is niet in staat de kinderen een adequate opvoeding te geven. Dit vanwege persoonlijke, vaak zeer ernstige, psychiatrische problemen. Ernstig getraumatiseerde ouders zijn geen goede opvoeders. Ze zijn onvoorspelbaar in hun gedrag, ze zijn angstig en ze brengen hun angsten op de kinderen over. Ze kunnen weinig van hun kinderen verdragen en zijn soms gewelddadig naar hun kinderen. Gebleken is dat deze gezinnen niet altijd in beeld zijn bij de hulpverlening. Een ondersteunend netwerk ontbreekt meestal zodat zowel de kinderen als de ouders een zeer geïsoleerd bestaan leiden. Bij kinderen van wie bekend is dat de ouders ernstige problemen hebben en die wel toegang hebben tot de jeugdzorg, is de hulpverlening vaak onvoldoende effectief omdat de onzekere situatie waarin het gezin opgroeit blijft bestaan. Dit staat de hulpverlening van zowel de ouders als de kinderen in de weg.

Trauma's en ontwikkelingsschade als gevolg van de asielprocedure

Ook kinderen die relatief weinig schade hebben opgelopen in het land van herkomst en die een min of meer adequate opvoeding krijgen, ontwikkelen vaak problemen doordat ze in Nederland langdurig in een ongunstige situatie verkeren. Deze problemen zijn het gevolg van

het lange wachten, de vele wisselingen van de verblijfplaats, het bezoek aan steeds nieuwe scholen, vaak midden in het onderwijsjaar. Kinderen kunnen hierdoor moedeloos raken, ze zijn niet meer gemotiveerd voor onderwijs, gaan vriendschappen uit de weg, voelen zich afgewezen, trekken zich terug en raken in een isolement.

4.3 Onmisbare voorwaarden voor ontwikkeling

Uit het onderzoek blijkt, dat factoren als ‘continuïteit in opvoeding en verzorging en levensomstandigheden’ en ‘het ervaren van een toekomstperspectief’ van levensbelang zijn voor een gezonde ontwikkeling van kinderen. Deze condities moeten vooral worden gerealiseerd in het gezin en voor de realisatie ervan dragen de ouders de primaire verantwoordelijkheid. Ouders kunnen dit echter niet zonder steun vanuit de samenleving. Om zich goed te kunnen ontwikkelen moeten kinderen in een leefomgeving opgroeien die voorziet in de primaire levensbehoeften en die hen liefde, leiding, stabiliteit en zekerheid verschaft en hen het gevoel geeft ‘dat ze er mogen zijn’. Dit geldt voor kinderen in alle leeftijdscategorieën. Zo is het uitermate schadelijk voor het ontwikkelingsperspectief van kinderen om veelvuldig van leefomgeving te veranderen. Kinderen raken hierdoor angstig en onthecht. Ze ervaren dat de omgeving ze onbelangrijk vindt en raken neerslachtig en depressief. Dit heeft grote gevolgen voor hun latere volwassen leven. Kinderen, met name pubers, hebben een toekomstperspectief nodig om zich te kunnen ontwikkelen. Als dit perspectief ontbreekt, verdwijnt de zin van het leven en de motivatie om er iets van te maken.

4.4 Leven met dreiging tot uitzetting leidt tot schade

Gezinnen ervaren problemen die in verband staan met de dreiging van terugkeer naar het land van herkomst. Men beschouwt het land van herkomst als zeer onveilig en bedreigend. Een aantal ouders geeft aan na een afwijzing niet terug te gaan. De dreiging die men oorspronkelijk meemaakte in het land van herkomst ervaart men ook in Nederland als dagelijkse realiteit. Onder de geïnterviewde gezinnen heerst een grote angst om plotseling opgepakt te worden en door de vreemdelingenpolitie te worden uitgezet.

4.5 Perspectief op ontwikkeling in land van herkomst: onbekend of ongunstig

De ontwikkelingscondities in het land van herkomst lijken vaak ongunstig; basale levensvoorwaarden op het gebied van wonen, werk, scholing zijn niet werkelijk beschikbaar. Tevens is vaak totaal onbekend in wat voor situatie het gezin zal terugkeren. Informatie over de organisatie van gezondheidszorg en jeugdhulpverlening of jeugdbescherming ontbreekt. Dit betekent dat het kind bij uitzetting naar een onzekere situatie wordt gestuurd. Vanuit ontwikkelingsperspectief is dit zeer ongewenst. Het overgrote deel van de ouders kampt met ernstige psychische problemen die naar verwachting in het land van herkomst zullen verergeren. In Nederland is sprake van pedagogische onmacht en onkunde. In het land van herkomst lijkt opvoeden ondenkbaar. Vanuit een pedagogisch perspectief is de onmacht van de ouders om op te voeden al reden om te stellen dat het belang van het kind niet gediend is met terugkeer naar het land van herkomst omdat opvoedingsondersteuning ontbreekt. Veelal is in de optiek van de ouders in het land van herkomst sprake van bedreiging van de fysieke veiligheid of achterstelling vanwege het behoren tot een minderheidsgroep.

4.6 De lange duur van de besluitvorming leidt tot ontwikkelingsschade

De lange duur van de asielprocedure leidt tot toename van de beschadigingen bij kinderen, die ernstig in hun ontwikkeling worden bedreigd. In alle zaken waarin ten behoeve van de asielprocedure aan IND of rechtbanken is geadviseerd, duurde het vaak vele maanden voordat besluitvorming plaatsvond. Dit gold ook voor zaken waarbij sprake was van een noodsituatie voor het kind omdat alle essentiële ontwikkelingsvoorwaarden in de opvoedingssituatie ontbraken.

4.7 Gevolgen orthopedagogische rapportage

Hoewel in enkele zaken waarin een orthopedagogische rapportage is uitgebracht verblijfsvergunningen zijn verleend – naar verluidt om andere redenen – is de inhoud van de rapportage telkens als ‘niet asiel-gerelateerd’ terzijde geschoven en het beroep op kinderrechten niet gehonoreerd.²³ In 2004 heeft de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) het advies ‘Kinderen en de asielpraktijk’ uitgebracht.²⁴ Uitgangspunt van het advies is dat bij beslissingen die voor kinderen negatieve gevolgen kunnen hebben, moet blijken dat men het belang van het kind expliciet heeft meegewogen en dat wordt aangegeven waarom dat belang toch moet wijken. Minster Verdonk stelt in reactie op het advies dat de IND in haar belangenafweging in asielprocedures de belangen van kinderen moet meenemen:

“De ACVZ beveelt aan in de beschikking met betrekking tot een minderjarige een ‘best interest’ omschrijving op te nemen. Ik neem deze aanbeveling over. Zoals hierboven reeds aangegeven is deze belangenafweging al neergelegd in het beleid. In individuele gevallen wordt hieraan getoetst. De motivering van een beslissing omtrent een asielverzoek van een minderjarige kent hierin zijn grondslag. De motivering van hier bedoelde beslissingen zal ik op korte termijn in de nieuw te nemen beschikkingen aanvullen met overwegingen waaruit de in het beleid neergelegde belangenafweging explicieter blijkt.”²⁵

Uit de zaken die we hebben onderzocht blijkt echter niet – ook niet uit de motivering van het besluit – dat aan ‘het belang van het kind’ wordt getoetst. Ook de IND geeft expliciet aan niet te onderzoeken welke gevolgen een besluit voor de ontwikkeling van het kind kan hebben.²⁶

5. Een handreiking voor de vreemdelingenrechtelijke praktijk

De vragenlijst ‘Belang van het kind en voorwaarden voor ontwikkeling Vreemdelingenrecht’ (hierna: VB-V) is ontleend aan het model voor optimale ontwikkeling (tabel 1). Dit model is tot stand gekomen op basis van uitgebreide reviewstudie van internationale literatuur over de relatie tussen ontwikkelingsvoorwaarden in de leefomgeving van het kind en ontwikkeling.²⁷ Het blijkt dat wanneer de betreffende voorwaarden in de leefomgeving van het kind aanwezig

²³ In een zaak betreffende de beëindiging van vreemdelingenbewaring kent de vreemdelingenrechter doorslaggevende betekenis toe aan de belangen van de kinderen.

²⁴ TK 2003/04, 19 637, nr. 824.

²⁵ TK 2003/04, 19 637, nr. 824, p.4.

²⁶ Kalverboer & Zijlstra 2006, p. 28.

²⁷ De literatuurstudie en de vragenlijst VB-V is opgenomen in Kalverboer & Zijlstra 2006.

zijn, een gunstig ontwikkelingsperspectief van het kind kan worden gewaarborgd. Ontbreken betreffende voorwaarden in de leefsituatie van het kind, dan is er een gerede kans dat het kind in zijn ontwikkeling bedreigd wordt en dat psychische of psychologische schade ontstaat. Aan de hand van de VB-V kan worden vastgesteld of de leefsituatie waarin het kind opgroeit, voldoet aan de voor diens ontwikkeling essentiële voorwaarden. Tevens kan op basis van de vragenlijst een inschatting gemaakt worden van de toekomstige leefsituatie van het kind in Nederland of in het land van herkomst.

De vragenlijst relateert de voor ontwikkeling van het kind noodzakelijke omgevingsvoorwaarden aan kinderrechten uit het IVRK. Daardoor kan worden vastgesteld welke kinderrechten geschonden worden als een essentiële ontwikkelingsvoorwaarde in de leefsituatie van het kind ontbreekt. De lijst is gebaseerd op artikel 3 (het belang van het kind is eerste overweging), artikel 6 (het recht op ontwikkeling) en artikel 12 (kind dient gehoord te worden als het besluit zijn of haar belangen raakt) van het IVRK.

Tabel 1 Het belang van het kind en voorwaarden voor ontwikkeling (art. 3 en 6 IVRK)

Belang van het kind en voorwaarden voor ontwikkeling	
Ontwikkelingsvoorwaarden in het gezin	
Actuele situatie	
Fysiek welzijn	
1. Adequate verzorging	
2. Een veilige fysieke directe omgeving	
Opvoeding	
3. Affectief klimaat	
4. Een ondersteunende flexibele opvoedingsstructuur	
5. Adequaat voorbeeldgedrag ouder	
6. Interesse	
Toekomst en verleden	
7. Continuïteit in opvoeding en verzorging, toekomstperspectief	
Ontwikkelingsvoorwaarden in de samenleving	
Actuele situatie	
8. Een veilige fysieke wijdere omgeving	
9. Respect	
10. Sociaal netwerk	
11. Educatie	
12. Omgang met leeftijdgenoten	
13. Adequaat voorbeeldgedrag samenleving	
Toekomst en verleden	
14. Stabiliteit in levensomstandigheden, toekomstperspectief	

In de VB-V zijn de ontwikkelingsvoorwaarden geoperationaliseerd. Met behulp van het instrument wordt vastgesteld of de voorwaarden in de leefsituatie van het kind aanwezig zijn en hoe de verwachting is bij voortgezet verblijf in Nederland en bij terugkeer naar het land van herkomst. De centrale vraag bij de beoordeling van de bevindingen uit de vragenlijst is welke leefomgeving het kind de beste ontwikkelingskansen en het meest gunstige toekomstperspectief biedt. Het voor de ontwikkeling van het kind meest gunstige juridische besluit voldoet aan de uitgangspunten van het IVRK namelijk dat het belang van het kind eerste overweging is en (art. 3) het kind recht heeft op ontwikkeling (art. 6). De visie van het

kind telt hierbij mee, waarmee voldaan wordt aan het recht van het kind om gehoord te worden in procedures die zijn of haar belangen raken (art. 12).

6. De doelgroepen

Aan de hand van de lijst kunnen de rechten van kinderen in relatie tot hun ontwikkelingskansen worden ingebracht in de procedure. De lijst kan worden gehanteerd door verschillende partijen die in de praktijk van het vreemdelingenrecht met kinderen in aanraking komen. Door gebruik te maken van de vragenlijst kan de advocaat het belang dat kinderen hebben pedagogisch onderbouwen en inbrengen in de besluitvormingsprocedure, door een onderbouwd beroep te doen op het IVRK. Ook de IND kan de lijst gebruiken ter ondersteuning van de asielbeslissing.

De vragenlijst is in eerste instantie bedoeld voor beslissers en rechtshulpverleners, maar de lijst kan eveneens worden toegepast door andere professionals die betrokken zijn bij het kind en diens gezin, bijvoorbeeld VluchtelingenWerk, hulpverleners voor ouders en/of kind en de leerkracht van de kinderen. Het COA kan de lijst gebruiken om vast te stellen of de leefsituatie waarin het kind opgroeit voldoet aan de ontwikkelingsvoorwaarden en welke aanpassingen nodig zijn.

7. Conclusies

Uit de analyse van de jurisprudentie betreffende de toepassing van artikel 3, lid 1, van het IVRK in verschillende rechtsgebieden, blijkt dat de belangen van kinderen in het vreemdelingenrecht ondergewaardeerd worden, zeker wanneer men dit vergelijkt met de wijze waarop de belangen van kinderen worden gewogen op andere rechtsgebieden.

Veel kinderen van wie de ouders langdurig in procedure zijn worden in hun ontwikkeling bedreigd. Daaraan liggen verschillende factoren ten grondslag. Veel ouders kampen met psychische problemen waardoor ze niet in staat zijn hun kinderen adequaat op te voeden. Veel kinderen zijn kwetsbaar vanwege ervaringen in het land van herkomst, ontoereikende opvoedingssituaties en de fundamentele bestaansonzekerheid die ze in Nederland ervaren. De problematiek van deze kinderen verergert naarmate de bestaansonzekerheid langer voortduurt. In de asielprocedure wordt de ontwikkeling van kinderen uit gezinnen en daarmee het Kinderrechtenverdrag als niet-asielgerelateerd beschouwd en om die reden niet meegewogen in de besluitvorming.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State stelt zich volgens haar vaste jurisprudentie op het standpunt dat verschillende bepalingen uit het IVRK gelet op hun formulering geen normen bevatten die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar zijn. Dat zou als een uitnodiging kunnen worden gezien dergelijke normen te gaan ontwikkelen. Het model 'Belang van het kind en voorwaarden voor ontwikkeling' formuleert normen voor de artikelen 3 lid 1 jo artikel 6, lid 2, IVRK. De vragenlijst VB-V maakt die normen in de praktijk meetbaar. Het belang van het kind kan vertaald worden naar diens belang bij ontwikkeling. Om zich te kunnen ontwikkelen moet de leefomgeving van het kind voldoen aan voorwaarden voor ontwikkeling. Bij het nemen van het besluit op de asielaanvraag dient – bij de afwijzing van aanvraag op

asielgerelateerde gronden – te worden beoordeeld of essentiële voorwaarden voor ontwikkeling in het land van herkomst aanwezig zijn, ontbreken of niet te realiseren zijn. Indien dit laatste het geval is, is het besluit zeker niet in het belang van het kind. Het ligt voor de hand dat de Raad voor de Kinderbescherming wordt betrokken bij het maken van deze afweging.

Een obstakel voor het betrekken van het belang van het kind bij ontwikkeling bij de besluitvorming is het systeem van de waterscheiding. De waterscheiding leidt er immers toe dat slechts asielgerelateerde feiten en omstandigheden aan de orde kunnen komen bij de beslissing op de asielaanvraag. Dat obstakel zou ons inziens evenwel kunnen worden omzeild door – vergelijkbaar met de ambtshalve amv-beslissing, waarvoor de grondslag is neergelegd in artikel 3.6, eerste lid, aanhef en onder b, Vb 2000 – een grondslag voor de verlening van een ambtshalve vergunning voor asielgezinnen met kinderen in de regelgeving neer te leggen. Bij die ambtshalve beoordeling dient het belang van het kind bij ontwikkeling te worden beoordeeld, hetgeen soms een afweging vergt tussen de voorwaarden voor ontwikkeling in het land van herkomst en in Nederland. Daarbij zou een punt van discussie kunnen zijn of er bij een procedure die langer dan vijf jaar heeft geduurd sprake is van zodanige schrijnendheid dat het belang van het kind bij ontwikkeling in het algemeen het verlenen van een verblijfsvergunning indiceert.

Het voorgaande moet niet worden gezien als een pleidooi voor het automatisch verlenen van verblijfsvergunningen aan asielgezinnen met kinderen. Wel moet, gelet op het bijzondere belang van kinderen, het belang van snelle besluitvorming worden benadrukt. Wanneer de asielprocedure traag verloopt vergt het belang van het kind bij ontwikkeling, dat een op dat belang toegespitste expliciete afweging wordt gemaakt, waar deze nu vrijwel steeds achterwege blijft. Het Kinderrechtenverdrag en de vaak ellendige situatie van kinderen in asielgezinnen vragen daarom.